Journal of Fiqh and Usul
Vol. 51, No. 1, Issue 116
Spring 2019
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v51i2.61650

فقه و اصول
سال پنجاه و یکم، شماره ۱، شمارهٔ پیاپی ۱۱۶
بهار ۱۳۹۸، ص ۵۷-۳۱

شرط خیار در عقد کفالت از منظر فقه تطبیقی *

دکتر حیدر باقری اصل [۱]
استاد گروه حقوق، دانشکدهٔ حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir
دکتر سعیده باقری اصل
دکترای حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران
Email: S.bagheriasl@yahoo.com

چکیده

عقد کفالت یکی از عقود لازم است. هرچند طبق اصول حاکم بر عقود لازم، اشتراط خیار در این عقود، جایز است، ولی قانون‌گذار به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و این سؤال اساسی همچنان مطرح است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟». نظریه‌های متعددی در این مسأله از سوی فقیهان مذاهب اسلامی ارائه شده و ضرورت دارد از طریق بررسی تطبیقی و نقد نظریه‌های مطرح شده، نظریهٔ معتبر فقهی و به تبع آن وضعیت قانونی تعیین گردد. تحقیق حاضر در صدد است تکلیف صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت را در جهت فتوای معتبر فقیهان امامیه با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای تعیین کند. به عنوان مهم‌ترین یافتهٔ تحقیق می‌توان گفت که اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خیار در عقد کفالت طی ماده‌ای تصریح کند و به مناقشات موجود پایان دهد.

کلیدواژه‌ها: شرط خیار، کفالت، لزوم، عهدی، تبعی.

---

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۰/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۱۷.
۱ . نویسنده مسئول

Stipulation of Option in the Bail Contract (Kafala) from the Perspective of Comparative Jurisprudence

Haidar Bagheri Asl, (Corresponding author) Ph.D., Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran

Saeideh Bagheri Asl, Ph.D., Private Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

Abstract

Bail (Kafala) is an irrevocable contract. Although under the principles applicable to irrevocable contracts, stipulation of option in these contracts is permitted, the legislator has not declared whether such stipulation is valid or void. Therefore, the main question remains what is the remedy of stipulation of option in bail contract? Different opinions have been suggested by Islamic jurists and it is necessary to determine the valid opinion and accordingly, the legal status through comparative study and criticizing the suggested opinions. The purpose of the present paper is to determine whether stipulation of option in bail contract is valid or void according to valid fatawi (verdicts) through descriptive method and destruction of valid jurisprudence sources and library tools. As the most important result of this research we can say that stipulation of option in bail contract is valid and in addition to the stipulation, the contract is valid as well. Therefore, the legislator is recommended to enact an article and declare the validity of stipulation of option in bail contract and end the current controversies.

Keywords: stipulation of option, bail contract, irrevocability, promissory contract, collateral

مقدمه

کفالت عقدی است که به موجب آن، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند (قانون مدنی، مادهٔ ۷۳٤). عقد کفالت، عقدی معین، لازم (امامی، ۲/ ۳۰٤)، تبعی (جعفری لنگرودی، ٤٥٥)، عهدی (همو، ٤٥٩) و تبرعی است (همو، ٤٥٦). هرکدام از ویژگی‌های مذکور در امکان اشتراط خیار یا بطلان آن در کفالت مؤثر است. بدین توضیح که: اولاً، مطابق قواعد حاکم بر عقود لازم، شرط خیار در هر عقد لازم و از جمله عقد کفالت، جایز است. به این استدلال که هرچند عقد کفالت نیز از عقود معین، لازم و تبعی است و مانند سایر عقود لازم، از قواعد و اصول حاکم بر عقود لازم تبعیت می‌نماید، ولی با این وصف، احتمال می‌رود عدم تصریح به اشتراط خیار در عقود لازم، به منزلهٔ تصریح اشتراط خیار در عقد کفالت نباشد و عقد کفالت در این خصوص، مقررات دیگری داشته باشد. قانون‌گذار نیز به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و موجب این سؤال اساسی تحقیق شده است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟» و ثانیاً، هرچند این احتمال وجود دارد که عدم امکان اشتراط خیار در عقد کفالت به سه ویژگی عهدی، تبعی و تبرعی بودن آن مربوط باشد، ولی جواب نقضی ادعای مذکور این است که عقد حواله نیز دارای اوصاف مذکور است ولیکن قانون مدنی در مادهٔ ۷۳۲، شرط خیار را در آن پذیرفته است. بنابراین، ادعای مذکور تام نیست و باید دلیل سکوت قانون‌گذار در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت معلوم گردد. متاسفانه تاکنون محققان حقوق موضوعه بحثی را در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت به میان نیاورده و پاسخ سؤال مذکور را مورد بررسی حقوقی قرار نداده و تکلیف قانونی مسأله را تعیین نکرده‌اند.

مشکل دیگر مسأله آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت محل مناقشهٔ فقیهان مذاهب اسلامی نیز شده و نظریه‌های متعددی در این مسأله ارائه شده است، ولی تاکنون محققان حقوق اسلامی صحت و سقم نظریه‌های مطرح شده فقیهان مذاهب اسلامی را مورد بررسی فقهی قرار نداده‌اند که خود موجب طرح این سؤال شده که: «کدام نظریه از میان نظریه‌های مطرح شده مذاهب اسلامی معتبر است؟»

بنابراین، در این زمینهٔ خلأ علمی وجود دارد و ضرورت دارد نظریهٔ معتبر فقیهان در تعیین «حکم شرط خیار در عقد کفالت» از طریق بررسی و نقد نظریه‌های مطرح شده تحصیل گردد. ضرورت بررسی حقوقی مسأله در فقدان قانون در این مورد است و ضرورت بررسی فقهی مسأله در مرجع دانستن فتوای معتبر فقیهان امامیه در موارد سکوت، ابهام، اجمال و فقدان قانون وفق اصل ۱٦۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مادهٔ سوم قانون آئین دادرسی مدنی است. تحقیق حاضر این مسأله مهم را با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای انجام داده و برای نیل به این مقصود، ابتدا سؤالات

تحقیق، سپس نظریه‌های موجود در مسأله و بعد ادلۀ هرکدام از آن‌ها را طرح کـرده و آنگـاه هرکـدام از ادلـۀ نظریه‌ها را مورد نقد و ارزیابی قرار داده و در نهایت، نظریۀ منطبق با حقوق امامیه را برگزیده است.

نظریه‌های موجود در مسأله

فقیهان مذاهب اسلامی سه نظریه را در اشتراط خیار در عقد کفالت طرح کرده‌اند: نظریـۀ نخسـت: در مسأله، بطلان عقد کفالت را علاوه بر بطلان شرط خیار اعلام نموده و هـم شـرط و عقـد را باطـل دانسـته؛ نظریۀ دوم: بطلان شرط تنها را با شرط خیار در عقد کفالت ارائه داده، ولی عقـد کفالـت را صـحیح اعـلام کرده؛ نظریۀ سوم: علاوه بر صحت شرط، بر صحت عقد کفالت نیز تاکید کرده است. هرکـدام از ایـن سـه نظریه، ادلۀ خاصی را در توجیه نظریۀ خود آورده‌اند، به‌طوری‌که لازم است ضمن طرح هرکدام از نظریه‌های مذکور و ادلۀ مربوط آن، به نقد و ازیابی ادلۀ هرکدام پرداخته شود تا حکم منطبق با حقوق اسـلام و ایـران و به ویژه امامیه تعیین گردد.

نظریۀ اول: بطلان شرط و عقد

مذهب شافعی بر بطلان عقد کفالت در صورت، اشتراط خیار در آن قائل شده و سـخن امـام شـافعی، بنیان‌گذار مذهب شافعی، بدین شرح مورد نقل قرار گرفته است:

«اگر شرط خیار در عقد کفالت شود، [علاوه بر بطلان شرط] عقد کفالت باطل می‌گـردد» (مـاوردی، ٦/ ۱۷۰؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/ ۳۵۰؛ الشاشی، ۵/ ۷٤؛ ابن قدامه، ۵/ ۹٦؛ رافعی قزوینـی، ۵/ ۱٦۷؛ ابـن قدامه مقدسی، ۵/ ۱۰۰-۱۰۱). علامه حلی نیز با نقل مطلب مذکور از قول شافعی نوشته است:

«اگر در عقد کفالت، شرط خیار گردد، عقد کفالت باطل می‌شود، زیرا کفالت عقدی اسـت کـه شـرط خیار در آن جایز نیست» (حلی،تذکرة الفقهاء، ۱٤/ ۳۹۰).

ادلۀ نظریۀ بطلان شرط و عقد و ارزیابی آن‌ها

ادلۀ متعددی در نظریۀ بطلان شرط و عقد کفالت در صورت اشتراط خیار در آن، قابل طرح است، ابتدا آنها را ذکر می‌کنیم و سپس مورد نقد و ارزیابی قرار می‌دهیم.

دلیل اول: تشبیه کفالت به بیع صرف و سلم در اشتراط خیار

امام شافعی در توجیه عدم جواز شرط خیار در عقد کفالت، مقرر کرده است:

«اگر خیار را در عقد کفالت شرط کند، عقد کفالت ماننـد عقـد بیـع سـلم و صـرف باطـل می‌گـردد» (ماوردی، ٦/ ۱۷۰؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/ ۳۵۰؛ الشاشی، ۵/ ۷٤؛ ابن قدامه، ۵/ ۹٦؛ رافعـی قزوینـی، ۵/

١٦٧؛ ابن قدامه مقدسی، ٥/ ١٠٠-١٠١).

ابن ادریس حلی مطلبی در اشتراط خیار در بیع صرف و سلف دارد که مقصود اهل سنت را در تشبیه کفالت به بیع صرف در عدم اشتراط خیار در آن توضیح می‌دهد، هرچند وی اشتراط خیار در بیع سلم را پذیرفته و در نتیجه، تشبیه مذکور را بی‌مورد دانسته است. ایشان آورده است:

«خیار شرط به اجماع فقیهان در بیع صرف وارد نمی‌شود، زیرا یکی از شرایط صحت بیع صرف، قبض مورد آن قبل از تفرق از مجلس معامله است، ... ولی مانعی از دخول خیار شرط در بیع سلم نیست و عموم خبر [المومنون عند شروطهم] اقتضای ورود آن در بیع سلم دارد» (ابن ادریس، ۲/ ۲۴۴).

نقد و ارزیابی

هرچند قول مذکور ابن ادریس مطابق قول اهل سنت در اشتراط خیار در بیع صرف است، به‌طوری‌که برخی ادعا کرده‌اند که فقیهان امامیه بر این قول اجماع دارند، ولی تحقیق از حال اجماع مذکور نشان می‌دهد که چنین اجماعی در بین فقیهان امامیه وجود ندارد و باید قائل این قول را منفرد تلقی نمود. توضیح این‌که بسیاری از فقیهان امامیه با این نظر مخالفت کرده و دخول شرط خیار در بیع صرف را نظیر دخول آن در بیع سلم پذیرفته و ادعای اجماع مذکور را موهوم دانسته‌اند، به‌طوری‌که صاحب‌جواهر می‌نویسد:

«شرط خیار در هر عقد بیعی جریان دارد، مگر این‌که عقد بیع موجب عتق شود، اعم از این‌که بیع سلم یا صرف یا غیر آن دو باشد، زیرا عمومات ادلهٔ اقتضای صحت شرط خیار مذکور را دارند؛ بلی هرچند علامه حلی در دو جای از کتاب تذکره و نیز کتاب غنیه، محکی مبسوط و خلاف و سرائر در بیع صرف با این قول مخالفت کرده و به اقتضای اعتبار قبض در مجلس معامله استدلال کرده و گفته‌اند: اقتضای آن افتراق بدون علقه است، درحالی که اشتراط خیار در آن علقه ایجاد می‌کند، ولی گفتار آن‌ها ایراد آشکار دارد و عده‌ای از فقیهان امامیه، ادعای اجماع سه تن از فقیهان مذکور در مورد عدم صحت اشتراط خیار در بیع صرف را منع کرده و اثبات ادعای اجماع مذکور را بر عهدهٔ مدعی آن نهاده‌اند، بلکه شهید ثانی در مسالک، قول متأخرین را در منع ادعای اجماع مذکور اعلام و خود از نظر متأخرین تبعیت نموده است ... بنابراین، به نظر می‌رسد منشأ و مبنای اجماع مذکور، اشتراط قبض در مجلس معامله بیع صرف باشد که مدعی گمان کرده اشتراط خیار در بیع صرف منافات با قبض مذکور دارد و از آنجایی که عدم تنافی بین آن دو وضوح دارد، لذا این وضوح نیز در رفع گمان مذکور کفایت خواهد نمود [و به توضیح بیشتری نیاز نیست]» (صاحب جواهر، ۲۳/ ٦١-٦٢).

دلیل دوم: تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق بیع صرف

ابن نجیم بطلان شرط خیار در عقد کفالت را به بطلان تعلیق در بیع صرف تشبیه کرده و نوشته است:

«بیش از سه بار بیان کردیم که صحت اشتراط خیار در عقد کفالت مانند صحت تعلیق بیع صرف است. بنابراین، هر جا تعلیق صحیح باشد یا باطل، آنجا نیز اشتراط خیار صحیح یا باطل خواهد بود» (ابن نجیم، ٦/ ۲۲۱).

نقد و ارزیابی

برای نقد و ارزیابی نظریهٔ ابن نجیم، ابتدا باید اصطلاحات انشا، منشأ، انشای منجز، انشای معلق، عقد منجز، عقد معلق، تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ، تعریف شوند.

هر عقدی با انشای مربوط به خود تحقق می‌یابد. انشا عبارت از لفظی است که موجد معنی در نفس الامر باشد، به‌طوری‌که قابل صدق و کذب نباشد؛ مثل این‌که فروشنده به ارادهٔ جد برای خریدار بگوید: این خانه را به فلان مبلغ بر تو تملیک کردم و خریدار نیز به ارادهٔ جدی بگوید: قبول نمودم. این معنای انشا، مقابل خبر قرار می‌گیرد. خبر عبارت از لفظی است که حکایت از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا خارج می‌کند تا قابل صدق و کذب باشد (امامی، ۱/ ۱٦٤). انشا مانند عقد به منجز و معلق تقسیم می‌شود. انشا اگر موکول به امر دیگری نشود، منجز و در صورتی که موکول به امر دیگری گردد، معلق است.

عقد منجز آن است که تأثیر آن عقد برحسب انشا، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود (قانون مدنی، مادهٔ ۱۸۹)؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم. هبه در این مثال به هیچ قید و شرطی معلق نشده، بلکه هبه به‌طور مطلق انجام گرفته است؛ اما عقد معلق آن است که تأثیر آن عقد برحسب انشا، موقوف به امر دیگری باشد؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این‌که در مسابقات اسبدوانی، نفر اول تا سوم شوی. اینجا هبه به‌طور مطلق انجام نگرفته، بلکه به شرط پیروزی در مسابقات مشروط شده است.

بنابراین، هر عقد منجزی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله پس از عقد به وجود می‌آید و از این اثر مخصوص به منشأ یا مقتضای عقد نیز تعبیر می‌شود که در مثال عقد هبهٔ فوق، تملیک بلافاصلهٔ اسب به پسر توسط پدر است، ولی طرفین عقد می‌توانند به وسیلهٔ تعلیق پیدایش آن اثر مخصوص (منشأ یا مقتضای) عقد را منوط بر وجود امر دیگری بنمایند؛ برای مثال، پدر به فرزند دانشجوی پزشکی خود بگوید: ماشینم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این‌که از کنکور دورهٔ فوق التخصص قبول شوی. اینجا اثر مخصوص (منشأ یا مقتضای) عقد بلافاصله پس از عقد به وجود نمی‌آید، بلکه تأثیر آن برحسب انشا، موقوف به امر دیگری شده است که همان قبولی در کنکور مذکور است.

ابن نجیم صحت و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت را مانند صحت و بطلان تعلیق بیع صرف معرفی کرده و احکام این دو را در صحت و بطلان واحد دانسته است. بنابراین، اگر به موجب قرارداد

کفالت، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد نماید؛ مشروط بر این‌که مدت مضبوطی حق فسخ داشته باشد. تحلیل حقوقی صحت و بطلان عقد کفالت و انشای تعلیقی در مثال فوق، دو فرض به شرح ذیل دارد:

فرض نخست این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت شرط متأخر بر وجه کشف تفسیر شود. طبق این فرض، تأثیر عقد به پیدایش شرط بستگی دارد، بدین نحو که شرط اگرچه از حیث زمانی، مؤخر بر عقد حاصل می‌شود، ولی در عقد، مقدم، تأثیر می‌نماید و از وجود شرط کشف می‌شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است، نه از زمان حصول شرط. بنابراین، هنگام اتمام مدت شرط یا اسقاط خیار کشف می‌شود که کفیل از زمان انعقاد عقد کفالت، ضامن احضار مکفول‌به بوده است، چنانکه اجازه در عقد مکره بعد از رفع اکراه، کاشف از پیدایش مقتضای عقد از زمان انعقاد است. اصولیان در صحت و بطلان شرط متأخر اختلاف جدی دارند (مظفر، ۱/ ۲۹۱-۲۹۲) و حاصل کلام آنان در بطلان شرط متآخر آن است که شرط در احکام شرعی اعم از عبادی و وضعی مانند (و به قیاس) شرط متأخر در احکام عقلی است و از آنجایی که شرط متأخر در احکام عقلی باطل است، لذا شرط متأخر به همین قیاس در احکام شرعی نیز باطل است؛ اما حاصل سخن آنان در صحت شرط متأخر در احکام شرعی، وقوع شرط متأخر در احکام شرعی عبادی نظیر غسل شب برای صحت روزه روز قبلی مستحاضه کثیره (بنی هاشم خمینی، ۱/ ۲٦٠) و در احکام وضعی صحت عقد فضولی قبلی با اجازهٔ بعدی مالک بنابر نظریهٔ کشف است (مظفر، ۱/ ۲۷۵). به نظر می‌رسد ابن نجیم نیز تابع چنین نظریه‌ای در صحت و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت طبق تفسیر شرط متأخر مذکور است (ابن نجیم، ٦/ ۲۲۱).

فرض دوم این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت واجب مشروط (معلق) تفسیر گردد. در واجب مشروط (معلق)، پیدایش وجوب منوط به موجود شدن شرط است. به این نحو که در واقع وجوب و طلب قبل از تحقق شرط، موجود نیست، چنانکه ظاهر عبارت «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» از نظر ادبی آن است که شرط از قیود هیئت است و خواستن انجام حج، معلق به آمدن موسم حج است؛ نه آن‌که طلب و ایجاب و خطاب فعلی و مطلق باشد و واجب، مقید. بر اساس این فرض، اگرچه عقد آلان تلفظ می‌شود، ولی انشای کفالت، در آن زمان به وجود نمی‌آید، بلکه انشا مانند منشأ (انتقال ضمان به ذمهٔ کفیل) در زمان اتمام و یا اسقاط مدت خیار حاصل می‌شود. مثال مذکور طبق تفسیر فوق، مثال تعلیق در انشا است. اصولیان در صحت و بطلان واجب مشروط (معلق) اختلاف دارند (مظفر، ۱/ ۸۹). هرچند صاحب فصول هم به امکان واجب معلق و هم به وقوع آن نظر داده و مثال آن را در احکام شرعی عبادی، حج دانسته است، لیکن مشهور به محالیت آن رأی داده و بین انجام مقدمات حج و انجام خود حج به قول تفصیل قائل

شده و گزارهٔ: «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» را پیش از آمدن موسم حج به وجوب انجام مقدمات حج و بعد از ورود به موسم حج به انجام اعمال خود حج تفسیر کرده‌اند (همو). بنابراین، طبق تفسیر صاحب فصول از واجب معلق، اشتراط خیار در عقد کفالت تنها به معنای مخیر بودن کفیل در احضار مکفول‌به است، زیرا لزوم احضار مکفول‌به برای وی تنها به اتمام زمان خیار و یا اسقاط آن معطوف است؛ چنانکه مطابق تفسیر مشهور از واجب معلق، اشتراط خیار در عقد کفالت باطل است. به نظر می‌رسد نظر ابن نجیم با قول مشهور مطابقت دارد. در دفاع از نظر مشهور چنین می‌تواند گفت که در فرض مذکور، انشا از منشأ تفکیک خواهد شد و آن غیرمعقول است. به این بیان که: اولاً، طلب قبل از پیدایش شرط وجود ندارد و ثانیاً، به نظر می‌رسد در شرط خیار در کفالت، فرقی میان انشا و منشأ نیست و هر دو در نتیجه به یک امر برگشت می‌کند؛ برای مثال، اگر کفیل بگوید: من کفیل فلانی هستم؛ مشروط بر این‌که تا ده روز برای من حق فسخ باشد. این عبارت که به ظاهر تعلیق در منشأ می‌باشد، همان تعلیق در انشاست. به این معنی که من تا ده روز اصل کفالت فلانی را معلق کردم؛ ثالثاً، فائدهٔ کفالت – که ضمانت است - حداقل در مدت خیار تحقق نمی‌یابد. به این بیان که اشتراط خیار در عقد کفالت در حقیقت به این معناست که «من ضامن احضار مکفول‌به هستم؛ مشروط بر این‌که تا ده روز برای من حق فسخ باشد» و این عبارت بدان معناست که کفیل تا ده روز نسبت به احضار مکفول‌به ضمانتی نداشته باشد، بلکه بین مدت مذکور مخیر باشد که ضامن باشد یا خیر؛ و این با اشتراط خیار در عقد مانند بیع فرق دارد، زیرا در فرض اخیر، معامله انجام شده و آثار آن تحقق می‌یابد! چنانکه در دفاع از نظر صاحب فصول می‌توان بیان نمود: ایرادهای فوق وارد نیستند. به این استدلال که در واجب مشروط، فرض آن است که منشأ عبارت از است از طلب بنابر تقدیر پیدایش شرط؛ بنابراین، ناچار قبل از تحقق شرط، بعث و طلبی نمی‌تواند موجود شود و الا هرگاه موجود گردد، انفکاک بین انشا و منشأ حاصل خواهد شد که به اتفاق عالمان باطل است؛ علاوه بر آن‌که انشای امر بنابر تقدیری – مانند اخبار به آن بنابر تقدیری – معقول و متصور است. به این توضیح که در قرارداد اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت واجب معلق چنانکه اگر انشای عقد فعلی تلفظ بشود، منشأ، یعنی انتقال ضمانت از ذمهٔ مکفول به ذمهٔ کفیل نیز در آن زمان خواهد شد، ولی اگر انشای عقد فعلی نباشد، بلکه تقدیری باشد و انشای عقد به اشتراط مدت مضبوط خیار تلفظ گردد؛ در این صورت، انتقال ضمانت از ذمهٔ مکفول به ذمهٔ کفیل بعد از گذشت مدت خیار و یا اسقاط خیار قطعی خواهد شد و انتقال ضمانت مذکور در دوران خیار متزلزل خواهد بود. این فرض، مثال برای تعلیق در منشأ می‌باشد. مادهٔ ۱۸۹ قانون مدنی این نوع تعلیق را در تشکیل عقد مشروع اعلام کرده است، لذا اثر چنین عقدی آن است که در صورت پیدایش معلق‌علیه، مقتضای عقد حاصل می‌گردد و هرگاه معلق‌علیه موجود نشود مانند آن است که

عقدی واقع نشده است. بنابراین، اشکال عدم فائدۀعقد کفالت در اشتراط خیار نیز منتفی می‌شود. نتیجۀ بحث آن است که هرچند مشهور فقیهان امامیه تعلیق در انشا را محال دانسته‌اند. به این استدلال که انشا به معنای ایجاد است و ایجاد معلق معقول نیست؛ اما تعلیق در منشأ (آنچه مورد انشا قرار می‌گیرد؛ مانند ملکیت در عقد بیع) را بی‌اشکال اعلام کرده‌اند. به این استدلال که: اولاً، تعلیق در منشأ معقول است و ثانیاً، در شرع نیز واقع شده است و بهترین مثال آن، عقد وصیت است که موصی فعلاً مالکیت بعد از حیات خود را برای موصی‌له انشأ می‌نماید.

ممکن است کسی بگوید: برخی از فقیهان اشکال کرده‌اند: منشأ هم مانند انشأ نمی‌تواند معلق بر امری باشد. به این استدلال که معلق‌علیه در صورتی که در زمان عقد موجود باشد، منشأ هم در اثر عقد بدون تعلیق موجود می‌گردد و در صورتی که در زمان عقد موجود نباشد، منشأ هم که وجودش معلق بر آن است، موجود نخواهد شد و پس از پیدایش معلق‌علیه نیز نمی‌تواند حاصل گردد، زیرا لازم می‌آید بین انشا و منشأ تفکیک حاصل شود، لذا تعلیق در منشأ نیز مبطل عقد است (امامی، ۱/ ۱٦۷-۱٦۸)!

لیکن پاسخ ایراد آن است که باید یکی از سه راه را در اینجا پذیرفت. توضیح این‌که: از یک‌سو، منطق سادۀ اجتماع (در وضع احکام وضعی)، عقد معلق را پذیرفته و در روابط اقتصادی خود به کار برده است، به‌طوری‌که، نظام‌های حقوقی مختلف، عقد معلق را در قوانین خود گنجانده و مقررات و احکام آن را مکتوب کرده (قانون مدنی، مادۀ ۱۸۹) و نیز عده‌ای از فقیهان تعلیق را در رد ثمن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیاری به شرط رد ثمن، آن است که شرط خیار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج]، ٦/ ۱۲۹-۱۳۳)؛ همچنین فقیهان وقوع تعلیق را در وصیت پذیرفته‌اند و از سوی دیگر، فقیهان یکی از شرایط صحت شرط را منجز بودن آن اعلام نموده‌اند (مظفر، ۱/ ۸۸)، لذا اگر کسی اشتراط شرط را به‌صورت معلق بیان نماید، آن شرط را باطل اعلام کرده‌اند (انصاری، [ط.ج]، ٦/ ۵۷). منظور از تعلیق شرط آن است که متعاقدین اشتراط موجود شدن حقی را به نفع دیگری در فرض واقع شدن امری در آیندۀ مجهول نمایند (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲)؛ علت بطلان شرط تعلیقی، غیر معلوم بودن تحقق زمان شرط است که موجب جهالت به شرط می‌شود و جهالت به شرط، موجب غرر است و شرط غرری در اسلام، باطل است. بدین توضیح که فقیهان، شرط را جزو یکی از دو عوض می‌دانند و از آنجایی جهل به یکی از دو عوض موجب جهالت دو طرف عقد می‌شود و چنین امری موجب بطلان شرط می‌گردد، لذا ممنوع بودن تعلیق شرط به دلیل سرایت شرط تعلیقی به عقد است با این بنا و عنایت که شرط به جزو یکی از دو عوض، رجوع می‌کند و به این ترتیب حتی موجب فساد عقد مذکور هم می‌گردد (انصاری، [ط.ج]، ٦/ ۵۸). بنابراین، شرط باید منجز باشد تا

چنین جهل و غرری پیش نیاید. بنابر دو مطلب مذکور باید یکی از سه راه حل را برای جمع کردن سخنان به ظاهر متعارض فقیهان در مسأله واحد به شرح ذیل ارائه داد:

راه حل نخست این است که معقول نبودن عقد معلق و محالیت تعلیق در انشا و منشأ بـه موجـودات مادی و خارجی معطوف شود، نه به امور اعتبـاری و قـراردادی. بـه ایـن اسـتدلال کـه در امـور اعتبـاری و قراردادی، تعلیق در منشأ و نیز تعلیق در انشا معقول تلقی می‌شود و بهترین دلیل بر آن، وقوع تعلیق در شرع (مثل عقد وصیت و تعلیق در رد ثمن) و نیز حقوق موضـوعه اسـت (قـانون مـدنی، مـادۀ ۱۸۹). بنـابراین، موردی برای گفتگو در امکان تصور آن باقی نمی‌ماند، زیرا به تعبیر شیخ الرئیس: «ادلّ دلیلٍ علی امکان شئٍ وقوعه»، یعنی بهتری دلیل بر امکان چیزی، وقوع آن است. در این صورت، اگر آن امر، در آینده واقع گـردد، حق از تاریخ عقد - نه از تاریخ تحقق آن- واقع و حاصل می‌شود؛ برای مثال، منافع خانه‌ای را در عقد اجاره به شرطی برای دیگری واگذار گردد که آن شخص ظرف ده سال از تاریخ این عقد به گـرفتن درجـۀ دکتـری موفق گردد. گرفتن آن درجه، منافع ده سال منزل را از تاریخ عقد به مشـروط‌له تعلـق خواهـد داد و بـه ایـن ترتیب، شرط مذکور، اثر رجعی و قهقرایی خواهد داشت (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲).

راه حل دوم آن است که گفته شود: هرچند اصل و کبرای «بطلان شرط تعلیقی در صـورت غیـر معلـوم بودن تحقق زمان شرط» مورد تشکیک فقیهان نمی‌توان باشد، ولی صغرای آن، یعنی «رجوع شرط بـه جـزو یکی از دو عوض معامله» می‌تواند مورد مناقشه باشد، به‌ویژه این‌که عقد کفالت از نوع تبرعی است و در آن عوض مطرح نیست. از این‌رو، عـده‌ای از فقیهـان تعلیـق را در رد ثمـن بیـع خیـاری مشـروط بـر رد ثمـن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیاری به شرط رد ثمـن، آن اسـت کـه شـرط خیـار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج]، ۶/ ۱۲۹- ۱۳۳). بنابراین، هرچند فقیهان بعضی از مصادیق و مثال‌های کبرای قضیۀ مذکور را به‌خاطر وجود تعلیق با اشکال مواجه دانسته‌اند، برای مثال «اگر بایع شرط کند که در صـورت فـروش مشـتری، او احـق در خریـد باشد». آن‌ها این مثال را با تعلیق مواجه دیده‌اند (همو/ ۵۷)، ولی در عین حال، آنان یـا تعلیـق را بـه اصـل قرارداد معطوف نکرده‌اند و یا تعلیق بعضی از مثال‌ها را از مصادیق کبرای مذکور تلقی نکرده‌اند؛ برای مثال، شیخ انصاری صغرای مذکور، یعنی رجوع شرط به جزو یکی از دو عوض را مورد مناقشه قرار داده و تحقـق تعلیق شرط را در این مورد نپذیرفته و گفته است:

اگر کسی بگوید: این درهم‌ها را با این شرط به تو می‌فروشم که اگر زید آمد، لباس مـرا بـدوزی. اینجـا شرط در صورتی معلق است که معاوضه بین مبیع و بین درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در فـرض آمـدن زید واقع شده باشد، ولی اگر معاوضه بر بیع دو ثمن با دو فرض، منجر گردد، به این بیان که مبیع را تنها بـه

درهم‌ها در صورت آمدن زید بفروشد (به درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در صورت آمدن زید بفروشد)، تعلیق مندفع خواهد شد، زیرا شرط عبارت از خیاطی با فرض آمدن زید است، نه خیاطی مطلـق تـا تعلیـق به اصل معاوضه، رجوع کند. بنابراین، مجرد رجوع این دو فـرض بـه یـک معنـای واحـد، موجـب بطـلان نمی‌شود. ازاین‌رو، هرچند بعضی از فقیهان اعتراف کرده‌اند که مرجع این دو گفتار واحد است: «تـو وکیـل من در فروش هستی، اگر کالا در رأس ماه برسد» و «تو وکیل من در فروش هستی، زمانی که کـالا در رأس ماه برسد»، ولی آنان در صحت دوم و بطلان اول، اتفاق دارند (همو/ ۵۷- ۵۸).

راه حل سوم آن است که بین تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ به قول تفصیل قائل شویم و تعلیق در انشـا را محال و تعلیق در منشأ را جایز تلقی نمایم. در تعلیق منشأ عقد، بین قصد انشا و آثـار ناشـی از آن قصـد (که نام آن آثار، منشأ است) فاصلهٔ زمانی وجود دارد. به همین جهت در مـادهٔ ۱۰۰۹ قـانون مـدنی، تـأثیر قصد انشا به وجود امر دیگری موقوف شده است. تعلیق محال در تعلیق انشای عقد اتفاق می‌افتـد. تعلیـق در انشا یعنی بلاتکلیف بودن انشای عقد، به‌طوری‌که قصد انشای عقد کامل نباشد و کمـال آن محتـاج بـه پیدایش عامل دیگر و مجهول باشد و چنین تعلیقی در انشا محال است، زیرا انشا بعـد از تصـور و تصـدیق حاصل می‌شود و تصدیق معلق، محال است و بعد از حصول تصـدیق کامـل، قصـد انشـای کامـل قهـری حاصل می‌گردد، پس قصد انشای معلق، تصور ندارد (همو)، فقیهان مثال تعلیق محال عقد را تعلیـق عقـد به اموری غیر ارادی متعاقدین دانسته‌اند، برای نمونه، شرط آمدن مسـافر از سـفر را در عقـد، تعلیـق محـال معرفی نموده‌اند. بنابراین، اگر بایع در انشای بیع بگوید: به شرط آمدن مسافر از سـفر می‌فروشـم، بیـع بـه دلیل تعلیق انشای عقد مذکور باطل است (جعفری لنگـرودی، ۱۶۵). اهمیـت فـرض سـوم آنگـاه معلـوم می‌شود که توجه داشته باشیم، امکان تطبیق تعلیق در انشای عقد در صورت اشتراط خیار در عقـد کفالـت وجود ندارد و تطبیق تعلیق در منشأ عقد کفالت نیز باطل نیست، لذا علامـه حلـی در جـواب ادعـای امـام شافعی در تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به بطلان تعلیق عقد آورده است: «مقدمة اول و حکم در مقیس‌علیه، هردو ممنوع است» (علامه حلی، تـذکرة الفقهـاء، ۱۴/ ۳۹۰). توضـیح ممنوعیـت دو مطلـب مذکور چنین است: تعلیق مطلق، باطل نیست، بلکه تعلیق دو نوع است: یکی تعلیق محال و دیگری تعلیق جایز؛ و تعلیق محال همان تعلیق در انشای عقد است و تعلیق جایز همان تعلیق در منشـأ عقـد اسـت و از آنجایی که در شرط خیار در عقد کفالت، تعلیق از نوع تعلیق منشأ عقد اسـت، نـه تعلیـق از نـوع تعلـق در انشای عقد، لذا تعلیق عقد کفالت به شرط خیار شبیه به تعلیق محال در انشای عقود نیست و شایسته است شرط خیار در عقد کفالت را به اشتراط عقد کفالت تعبیر کنیم، نه تعلیق عقد کفالت تا شبهة تعلیـق محـال پیش نیاید، همان کاری که فقیهان در عقد کفالت انجام داده و اشتراط خیار در عقـد کفالـت را بـه اشـتراط

خیار تعبیر نموده‌اند، نه تعلیق کفالت به شرط خیار. بنابراین، تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق عقد که در سخن ابن نجیم مذکور است، مطابق تمام مبانی درست نیست. به‌خصوص این‌که هم جواب نقصی و هم جواب حلی در بطلان تشبیه مذکور وجود دارد. جواب نقضی بطلان تشبیه فوق، صحت اشتراط خیار در سایر عقود لازم است و جواب حلی بطلان تشبیه فوق در تفکیک تعلیق صحیح از تعلیق باطل است.

دلیل سوم: تشبیه بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار به بطلان نذر

برخی از فقیهان اهل سنت بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار را به بطلان نذر در صورت اشتراط خیار تشبیه کرده و آنچه در این مورد گفته‌اند چنین خلاصه می‌شود:

«خیار در عقد کفالت داخل نمی‌شود، زیرا کفالت در دخول خیار مانند نذر است، چنانکه در نذر اشتراط خیار صحیح نیست، اشتراط خیار در عقد کفالت نیز صحیح نیست» (ابن قدامه، ۷/ ۸۸).

نقد و ارزیابی

هرچند یکی از شرایط نذر این است که نذرکننده قاصد باشد و انشای عقد نذر او نیز معلق نباشد و یکی از موارد تعلیق نذر آن است که نذرکننده شرط خیار در عقد و انجام نذر قرار بدهد و این امر موجب بطلان نذر می‌شود، ولی در نقد و ارزیابی بطلان تشبیه بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار به بطلان نذر باید گفت: اولاً، به یک معنی نذر همیشه معلق است، یعنی از مصادیق تعهد معلق است، هرچند در نذر تبرعی چنین تعلیقی وجود ندارد، زیرا نذرکننده در نذر تبرعی ملتزم به انجام فعل راجح می‌شود، نظیر این‌که نوشتن کتاب در صلح جهانی از دیدگاه اسلام را تعهد نماید، ولی در نذر زجری و نذر مجازات همیشه نذر معلق به شرطی است، زیرا نذر زجری آن است که نذرکننده کف نفس و خودداری از ارتکاب جرم یا مکره یا ترک مکروه نماید، یعنی نذر کند که در صورت ارتکاب حرام و مکروه یا ترک مستحب، یک روز روزه بگیرد یا یک بیمارستان بسازد و نذر مجازات آن است که منظور نذرکننده شکر نعمت یا دفع بلیه باشد، چنانکه نذر کند اگر از امتحان قبول شود، نوشتن به یک بیسواد بیاموزد، یا اگر از ناخوشی خوب شود، فلان قربانی را در راه خیرات بنماید (جعفری لنگرودی، ۷۱۰). بنابراین، تعلیق در نذر هم وجود دارد، ولی به عقد نذر صدمه نمی‌زند؛ ثانیاً، طبق توضیح پیشین، تعلیق دو نوع است، یکی تعلیق در منشأ که جایز است و دیگری تعلیق در انشای عقد که باطل و محال است و از آنجایی که تعلیق نذر گاهی از نوع تعلیق در منشأ و گاهی از نوع تعلیق در انشای عقد است، ولی شرط خیار در عقد کفالت از نوع تعلیق در منشأ است، نه از نوع تعلیق در انشای عقد، لذا تشبیه اشتراط خیار در عقد کفالت به عقد نذر به دلیل اعم بودن تعلیق نذر و اخص بودن تعلیق کفالت در شرط خیار غلط است. اعم بودن تعلیق نذر این است که تعلیق آن گاهی در

منشأ عقد و گاهی در انشای عقد است، درحالی که شرط خیار در عقد کفالت همیشه و تنها از نـوع تعلیـق در منشأ عقد است. بنابراین، تشبیه آن دو به یکدیگر مع الفارق است؛ ثالثاً، حتی اگر فرض شود: تعلیق نذر همیشه از نوع تعلیق منشأ عقد نذر است و حتی تعلیق در منشأ عقد نذر نیز باطل است، ولی جواب بطلان شرط خیار در نذر این است که: بطلان نذر با اشتراط خیار در آن به دلیل خارجی مربوط اسـت کـه همـان جنبه عبادی بودن نذر است. بنابراین، از این جهت نیز قیاس اشتراط خیار در عقد کفالت به اشتراط خیار در عقد نذر مع الفارق است.

دلیل چهارم: عدم فایدهٔ شرط خیار در عقد کفالت

بطلان عقد کفالت با شرط خیار به دلیل عدم فایدهٔ شرط خیار در عقد کفالـت مربـوط می‌شـود، زیـرا صاحب خیار از خیار خود بهره می‌برد و آن را به منظور جلب نفع یا دفع ضرر قـرار می‌دهـد، درحـالی کـه کفیل در عقد کفالت به دنبال بهره نیست. بنابراین، شرط خیار در عقد کفالت فایده‌ای ندارد (ابن قدامه، ۷/ ۸۸)، بلکه کفالت برای کفیل، غرر و خطر اقتصادی دارد. وجود غرر و خطر اقتصادی برای کفیـل در عقـد کفالت توسط ابوحنیفه، بنیان‌گذار مذهب حنفی نیز تأیید شـده اسـت (رافعـی قزوینـی، ٥/ ١٦٧). فقیهـان امامیه نیز وجود عدم نفع اقتصادی در عقود ضمانی را برای متعهد پذیرفته‌اند (حسـینی عـاملی، ٥/ ٣٥٣). بنابراین، با وجود قبول این غرر و خطر اقتصادی، فلسفهٔ اشتراط خیار در عقـد کفالـت بـرای کفیـل منتفـی است.

نقد و ارزیابی

در پاسخ ادعای عدم بهره‌مندی کفیل از اشتراط خیار در عقد کفالت باید گفت: اولاً، اشـتراط خیـار در عقد کفالت خود نفع اقتصادی است و فایدهٔ روانی دارد. بنابراین، ادعای عدم بهره‌منـدی مطلـق از اشـتراط خیار صحیح نیست. برای مثال، اگر کفیل بعد از عقد کفالت پشیمان گردد، اشتراط خیار وضعیت وی را به حالت سابق باز می‌گرداند. بنابراین، ادعای مذکور اخص از منافع اشتراط خیار است؛ ثانیاً، ممکـن اسـت کفیل در شتاب تصمیم قرار گیرد و عواطف انسانی و خانوادگی و دوستی وی تحریک شود و بعد از پذیرفتن کفالت در غرر و خطر مالی یا آبروی مضاعف‌تر از غرر و خطر اقتصادی پیش‌بینی‌شده قـرار گیـرد؛ در ایـن صورت، با اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند جبران خسارت نمایـد و ضـررهای مـذکور را از خـود دور کند. این تحلیل حقوقی اثبات می‌کند که ادعای عدم فایدهٔ مطلق اشـتراط خیـار در عقـد کفالـت صـحیح نیست؛ ثالثاً، تمام مطلب ضرر و خسارت مالی و اقتصـادی نیسـت، بلکـه گـاهی ضـرر معنـوی غیرقابـل پیش‌بینی رخ می‌دهد و اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند آن را از کفیل دور نماید؛ رابعاً، پیش‌بینی عـدم ورود به ضررهای مادی و معنوی غیر قابل پیش‌بینی حاصل از کفالت تنها با اشتراط خیار در عقـد کفالـت

ممکن است و از آنجایی که چنین قرارداد شرط خیار در عقد کفالت عقلائی است، لـذا ایـرادی بـدان وارد نیست و ادعای پذیرش غرر در عقد کفالت، تحمل ضرر و حداقل ضرر مضاعف را توجیه نمی‌کنـد. شـاید به این دلیل است که محقق ثانی به ادعای پذیرش غرر و خطر توسط کفیل یا قبول عقد کفالت جواب داده و اشکال این مسأله را در باب عقد ضمان به ایراد واضح یا قابل رؤیت تعبیر نمـوده اسـت (محقـق ثـانی، ٥/ ٣١٠).

دلیل پنجم: قیام اجماع بر بطلان خیار در عقد کفالت

برخی مدعی شده‌اند که اجماع بر بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیـار قـایم شـده اسـت. ابـن قدامه ابتدا قول به بطلان کفالت در صورت اشتراط خیار را به ابوحنیفه و شافعی نسبت داده، سـپس اجمـاع فقیهان دو مذهب مذکور را چنین آورده است: «از احدی خلاف قول آنان را نمی‌شناسیم» (ابـن قدامـه، ٧/ ٨٨). این اجماع از قول قاضی، یکی از فقیهان شافعی، چنین نقد شده است:

«پیش من، عقد کفالت با اشتراط خیار باطل می‌شود و قول بطلان کفالت در شرط خیار، قـول مـذهب شافعی است» (همو).

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ادعای اجماع در مسأله توسط اهل سنت باید پاسخ داد که: اولاً، بسیاری از فقیهان در این مسأله وارد نشده و حتی مطلب مختصری نیز ننوشته‌اند، بلکه تنها برخی از فقیهان شافعی و حنفی وارد این بحث شده‌اند. بنابراین، نسبت اجماع به آنان صحیح نیست؛ ثانیاً، فقیهان مالکی و حنبلی مطلبـی را در این مورد بیان نکرده‌اند که خود ادعای اجماع را تضعیف می‌کنـد؛ ثالثـاً، حقیقـت آن اسـت کـه در مسـأله اجماعی وجود ندارد، بلکه تنها امام شافعی عقد کفالت را در صورت اشتراط خیـار باطـل اعـلام نمـوده و بعضی از فقیهان شافعی نیز همان گفتار وی را به تبعیت از وی تکرار کرده‌اند؛ رابعاً، نباید تعبیر «اجماع» را با تعبیر «عدم خلاف» و «خلافی پیدا نکردم» یکسان تلقی کرد، زیرا هرکـدام از تعبیـرات مـذکور، معنـای خاص خودش را دارد و یکی از آن‌ها به جای دیگری استعمال نمی‌شود. بنابراین، صحیح است گفته شـود: عده‌ای از فقیهان شافعی «عدم خلاف» را در مسأله ادعـا کرده‌انـد، نـه «اجمـاع» فقیهـان را. تعبیـر «عـدم خلاف» به معنای این است که اگر کسی در این مورد سخن گفته است، نظریـۀ بطـلان عقـد کفالـت را در صورت اشتراط خیار اعلام کرده است و از آنجایی که چنین فقیهان بسـیار انـدک اسـت و حتـی بـه تعـداد انگشتان دست هم نمی‌رسد، لذا نمی‌توان نظر سایر فقیهان را در سکوت به اظهارنظر حمل کرد، زیرا شـاید سخن دیگری را در مقام اظهارنظر بیان نمایند؛ خامساً، اصل ١٦٧ قانون اساسـی و مـادۀ سـوم قـانون آئـین دادرسی مدنی، موارد ابهام و اجمال و فقدان قانون را به فتـوای معتبـر ارجـاع داده و آن را عبـارت از فتـوای

فقیهان امامیه اعلام کرده است. بنابراین، با توجه به این‌که در میان تمام مذاهب اهل سنت «اجماع» وجود ندارد و تنها در میان مذهب شافعی ادعای «عدم خلاف» در بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار شده است، لذا باید مسأله از دیدگاه فقیهان امامیه بررسی شود و نظر آنان در مسأله تحصیل و جهت حل مشکل ارائه گردد.

دلیل ششم: منافات داشتن اشتراط خیار با مقتضای ذات عقد کفالت

مقتضای ذات عقد، اثری است که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد، مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است، چنان‌که مقاربت هدف اصلی نکاح است. این تعبیر مقابل مقتضای اطلاق عقد، قرار می‌گیرد. مقتضای اطلاق عقد، اثری از آثار عقد است که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکری به میان نیاید، خود عقد موجب حصول آن اثر باشد (جعفری لنگرودی، ۶۷۷)، برای مثال اگر در عقد بیع راجع به محل تسلیم مبیع چیزی گفته نشود، مبیع باید در محل وقوع عقد، تحویل داده شود (قانون مدنی، ماده ۲۸۰) و این شرط از اطلاق عقد مستفاد است که عرف آن را گواهی می‌کند.

اشتراط عقد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، عبارت از شرطی است که برخلاف ذات و ماهیت عقد باشد؛ برای مثال، اشتراط عدم مقاربت در عقد نکاح، شرط برخلاف ذات عقد است. این اصطلاح مقابل اشتراط خلاف مقتضای اطلاق عقد قرار دارد و آن عبارت از شرطی است که با مقتضای اطلاق عقد، مخالف باشد، برای مثال شرط عدم فروش در عقد بیع به ضرر مشتری برخلاف مقتضای عقد است، نه برخلاف ذات آن (جعفری لنگرودی، ۳۸۲).

دلیل بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار، آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت بر خلاف مقتضای ذات عقد است. اشتراط خیار مذکور نظیر این است که شرط شود کفیل مکفول‌به را احضار نکند. به این بیان که کفالت به معنای لزوم احضار مکفول‌به برای کفیل است و اشتراط خیار در آن با لزوم کفالت مذکور منافات دارد (ابن قدامه، ۷/ ۸۸).

نقد و ارزیابی

پاسخ این ایراد آن است که: اولاً، جواب نقضی این مسأله در اشتراط خیار در هر عقد لازم داده شده است، برای مثال، تمام حقوقدانان و فقیهان تصریح کرده‌اند که حالت لزوم عقود با خالت خیاری بودن آن منافات ندارد (امامی، ۱/ ٥٦٢)؛ ثانیاً، اشتراط خیار به معنای اعمال خیار نیست تا ایراد مذکور پیش بیاید؛ ثالثاً، ماهیت عقد کفالت بعد از تحقق با تمام شرایط ضمن عقد متولد می‌شود، نه پیش از آن. بنابراین، اگر کفیل در ضمن عقد کفالت اشتراط خیار نماید، عقد کفالت با این ماهیت، یعنی ماهیت متزلزل متولد خواهد شد. بنابراین، اشتراط خیار در عقد کفالت با مقتضای عقد کفالت منافی نخواهد شد. این است که

علامه حلی در اشتراط خیار در عقد کفالت تصریح فرموده است:

«اشتراط خیار منافاتی با مقتضای عقد نـدارد، چنانکـه اشـتراط خیـار در سـایر عقـود نیـز منافـاتی بـا مقتضای عقد ندارد» (علامه حلی، ١٤/ ٣٩٠).

دلیل هفتم: اشتغال ذمهٔ شخص ثالث در اشتراط خیار در عقد کفالت

پذیرش جواز و صحت شرط خیار در عقد کفالت موجب اشتغال ذمهٔ شخص ثالث اسـت. قبـول ایـن مطلب به معنای اشتغال ذمهٔ شخص ثالث بدون وجود سبب آن است. بدین توضیح که تحقق ذمـهٔ و تعهـد بر اساس وجود و تحقق اسباب آن است و اگر سبب تعهد و اشتغال ذمه وجود نداشته باشد، محال است که کسی اشتغال ذمه پیدا کند. بنابراین، پذیرش شرط خیار در عقد کفالت به معنای اشتغال ذمهٔ شخص ثالـث در صورت فسخ عقد با بازگشت عقد اصلی به حالت خود است و چنین امـری نسـبت بـه بیگانـه از عقـد کفالت ممکن نیست و برخلاف اصول و قواعد حاکم بر حقوق ایران و اسلام و امامیه است. این اسـت کـه آقای سیدمحمدتقی خویی در مورد شرط خیار در عقد ضمان نوشته است:

«حق با مخالفان شرط خیار در عقد ضمان است، زیرا حقیقت ضمان نقل ذمه به ذمـه دیگـری اسـت. بنابراین، اشتراط خیار در آن موجب اشتغال ذمهٔ شخص اصیل بعد از برائت ذمهٔ اوست و این مسأله به دلیل خاص نیاز دارد و چنین دلیل در مقام بحث وجود ندارد» (خویی، ٢/ ٧٤).

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ایراد مذکور باید گفت: اولاً، اگر اشکال مذکور پذیرفته شود می‌تـوان اعمـال اشـتراط خیار کفیل را به اجازهٔ مکفول منوط نمود؛ ثانیاً، اگر عقد کفالت همـراه جعـل اشـتراط خیـار تحقـق یابـد، مکفول‌به بر عهدهٔ کفیل متزلزل می‌گردد و فسخ عقد کفالت به سبب وجود خیار شرط دیگر موجب ادعـای اشتغال ذمهٔ شخص ثالث در اشتراط خیار در عقد کفالت نمی‌شود؛ ثالثاً، اگـر کفیـل مکفول‌بـه را از طـرف مکفول، مشروط به خیار مذکور بپذیرد، کفالت او مطلق و عام نمی‌شود، بلکه مکفول‌به حتی با تحقق عقـد کفالت به صورت مشروط می‌شود و کفیل اگر عقد کفالت را با خیار مذکور فسخ نماید، هرچنـد مکفول‌بـه مجدد در ذمهٔ مکفول عودت می‌کند، ولی اشتغال ذمهٔ وی به معنای اشتغال شخص ثالث و بیگانـه از عقـد کفالت نیست، بلکه مطابق قرارداد کفالت، احضار مکفول‌به، به صورت متزلزل به ذمهٔ کفیل نقل یافته است و در صورتی به ذمهٔ کفیل انتقال قطعی می‌یابد که وی خیار خود را از عقد کفالت اسـقاط نمایـد. بنـابراین، مکفول، به طور کامل، شخص بیگانه و ثالث از قرارداد کفالت نیست تا در صورت فسخ عقد کفالت توسط کفیل و عودت اشتغال ذمهٔ کفیل به اشتغال ذمهٔ مکفول، شخص ثالث تلقی گردد، زیرا سبب عودت مجـدد کفالت به ذمهٔ خود مکفول، طبق قرارداد کفالت تعریف شده و در متن قرارداد کفالت گنجانده شـده اسـت.

بلی اگر قرارداد کفالت همراه با شرط خیار نبود، بلکه قرارداد قطعی تلقی می‌شد، اشکال مذکور طبق نظر مشهور امامیه در ماهیت ضمان، یعنی در نظریهٔ نقل ذمه به ذمهٔ ضمان وارد بود، زیرا مکفول بعد از قطعی شدن قرارداد کفالت از قرارداد کفالت بیگانه و شخص ثالث می‌شود و عودت ضمان به ذمهٔ او در مخالفت با نظریهٔ نقل ذمه به ذمه در ماهیت ضمان اتفاق می‌افتد.

دلیل هشتم: تفاوت عقد کفالت با سایر عقود لازم در اشتراط خیار

بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار به تفاوت آن با سایر عقود بازگشت می‌کند. این تفاوت را در جریان اقاله توضیح می‌دهیم. طبق تصریح فقیهان اقاله در تمامی عقود لازم جریان دارد و حتی بدان توصیه شده است، ولی در عقد کفالت جاری نمی‌شود. دلیل این کار آن است که جریان اقاله موجب برگشتن عقد اصلی می‌شود و تصمیم طرفین عقد تبعی کفالت در اشتراط خیار در آن، علیه شخص ثالث تمام می‌شود و از آنجایی که تعهد شخص ثالث در عقد کفالت به کنار گذاشته شده و اقاله موجب بازگشت تعهد شخص ثالث می‌گردد، لذا اقاله در عقد کفالت برخلاف سایر عقود جریان ندارد، عین همین بحث در اشتراط خیار در عقد کفالت نیز پیش می‌آید. بدین توضیح که اگر طرفین عقد کفالت شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و صاحب خیار عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت پیدا می‌کند و این تصمیم طرفین در اشتراط خیار علیه شخص ثالث از عقد کفالت بوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی ندارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت باطل است.

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی این اشکال می‌توان گفت: اولاً، سخن مذکور در اثر اقاله وارد است، زیرا مکفول هیچ نقشی در آن ندارد، ولی قیاس عدم جریان اقاله در عقد کفالت به عدم جریان اشتراط خیار در عقد کفالت، قیاس مع الفارق است. بدین توضیح که در اشتراط خیار در پیش‌تر از تحقق عقد کفالت و یا هنگام تحقق عقد کفالت و پذیرش این شرط از سوی مکفول و مکفول له به معنای پذیرش تعهدات سابق مکفول‌به همان حالت سابق در صورت فسخ عقد کفالت توسط کفیل است؛ ثانیاً، در عقد تبعی اطراف عقد کفالت قبول نموده‌اند که عقد اصلی و آثار آن در صورت فسخ عقد کفالت، بازگشت نماید. بنابراین، اگر کفیل شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و وی عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت می‌کند. بنابراین، تصمیم طرفین عقد کفالت در اشتراط خیار در عقد کفالت، علیه شخص ثالث از عقد کفالت نبوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی دارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح و عقلائی است.

دلیل نهم: منافات اشترط خیار با اقتضای لزوم عقد کفالت

ممکن است، کسی اشکال شرط خیار در عقود لازم و از جمله عقد کفالت را به بیان دیگری طرح نماید و لزوم عقد را از مقتضای عقد، تلقی نماید، در این صورت، اشتراط خیار در عقد کفالت، منافی لزوم آن خواهد بود و به منافات چیزی با مقتضای عقد نمی‌توان تن داد، زیرا آن موجب مخالفت با کتاب و سنت می‌شود!

نقد و ارزیابی

این اشکال چند جواب دارد: اولاً، صحت جعل شروط دیگر در ضمن عقود، جواب نقضی این اشکال است، زیرا اگر جعل شرط ضمن عقد، چنین مشکلی داشت و مخالف با مقتضای عقد می‌شد، نباید شروط ضمن عقد، صحیح تلقی می‌گردید؛ ثانیاً، در پاسخ حلی اشکال باید گفت: ما نباید مقتضای عقد را همان اطلاق عقد تلقی نماییم، بلکه بحث مخالفت امری را با مقتضای عقد و بحث مخالفت امری با اطلاق عقد را باهم خلط نکنیم، زیرا مخالفت امری با مقتضای عقدی محال است، ولی منافات چیزی با اطلاق عقد، مشکلی ندارد. به این استدلال که اگر مخالفت امری با اطلاق عقدی مشکل داشت، جعل هیچ شرطی در حقوق اسلامی، ممکن نمی‌شد. حال بعد از اثبات این کبرای کلی، بحث این است که آیا لزوم عقود از مقتضای آن‌هاست و یا از اطلاق آن‌ها؟ در پاسخ باید گفت: لزوم عقود از اطلاق عقد است، نه از مقتضای ذات آن‌ها. دلیل ادعای مذکور، صحت جعل شروط در تشریع اسلامی است. به این بیان که صحت شروط ضمن عقد در حقوق اسلامی نشان می‌دهد که لزوم از اطلاق عقد است، نه از مقتضیات عقد، زیرا اگر لزوم از مقتضای عقد بود، جعل شروط در تشریع اسلامی غیرممکن می‌شد (صاحب جواهر، ۲۳/ ۳۲).

نظریۀ دوم: بطلان شرط

مذهب حنفی در صورت، اشتراط خیار در عقد کفالت تنها بر بطلان شرط قائل است و عقد را صحیح می‌داند. ابوحنیفه بنیان‌گذار مذهب حنفی این نظریه را داده و گفته است:

«اگر شرط خیار در عقد کفالت کند، عقد صحیح است، ولی شرط باطل می‌باشد» (شاشی، ۵/ ۷۷؛ رافعی قزوینی، ۵/ ۱۶۷).

استدلال ابوحنیفه در توجیه بطلان شرط تنها چنین است:

«زیرا کفالت کفیل توأم با غرر و خطر است، لذا عقد کفالت با شرط فاسد، باطل نمی‌گردد».

توضیح این‌که کفیل کفالت را در هنگام کفالت با قبول غرر و خطر اقتصادی می‌پذیرد و احتمال غرر و

خطر اقتصادی در کفالت همیشه وجود دارد، به‌طوری‌که در عدم جواز شرط خیار در عقد کفالت گفته شده است:

«زیرا خیار برای دفع غبن و جلب منفعت است و کفیل با آگاهی به این عقد وارد شده است و می‌داند که در عقد، مغبون است. به این دلیل گفته شده است که اول کفالت، پشیمانی و وسط آن، ملامت شنیدن و آخرش، غرامت کشیدن است» (نووی، ١٤/ ٢٧٥؛ ابواسحاق شیرازی، ١/ ٤٤٤؛ شیخ طوسی، مبسوط، ٣/ ٣٥).

ابن قدامه نیز در این مورد نوشته است:

«احتمال بطلان شرط تنها نیز وجود دارد، چنانکه در شروط فاسد توضیح دادیم. براین اساس، اگر شخصی به کفالت با شرط خیار اقرار نماید، کفالت بر او لازم شده و شرط خیار باطل می‌گردد، زیرا وی چیزی را بر اقرار خود وصل نمود که باطل است و این شبیه به استثنای از کل است» (ابن قدامه، ٧/ ٨٨).

نقد و ارزیابی نظریهٔ دوم

بخشی از نقد و ارزیابی این نظریه: اولاً، در ضمن نظریه قبلی گذشت و معلوم شد که شرط خیار در عقد علاوه بر این‌که مبطل عقد کفالت نیست، بلکه باطل هم نیست و ثانیاً، صحت شرط خیار در عقد کفالت در ضمن نقد و ارزیابی نظریهٔ صحت شرط و عقد به طور مشروح به شرح مورد بررسی قرار خواهد گرفت، لذا از تکرار آن پرهیز می‌کنیم.

نظریهٔ سوم: صحت شرط و عقد

مذهب امامیه اشتراط خیار در عقد کفالت را صحیح دانسته و شرط این قرارداد را تعیین مدت معین برای شرط خیار اعلام نموده است. علامه حلی در این مورد نوشته است:

«دخول خیار در عقد کفالت صحیح است، مشروط بر این‌که مدت خیار را در آن تعیین نماید» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ١٤/ ٣٩٠).

ابتدا ادلهٔ قرآنی و روایی این نظریه را ذکر می‌کنیم، سپس به طرح و تحلیل اقوال فقیهان می‌پردازیم.

دلیل اول: آیهٔ وفای به عقود

عموم آیهٔ یک سورة مانده در لزوم وفای به عقود، نخستین دلیل صحت شرط خیار در عقد کفالت است. این آیهٔ شریفة بیان می‌کند: «یا أیها الذین آمنوا أوفوا بالعقود: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادها [ی خود] وفا کنید». نحوة استدلال به آیه مذکور برای اثبات جریان شرط خیار در عقود لازم و از جمله در عقد کفالت، به نوع معنی و تفسیر ما از واژه «العقود» و «اوفوا» وابسته است (نراقی، ٢/ ٣٦٦؛

مامقانی، ۸):

اولاً، واژه «عقود» جمع عقد است. «عقد» در کتب لغت به معنای بستن، گره زدن و مشدود کردن یا گره زدن یک طرف چیزی به طرف دیگر آن و یا دو طرف دو چیز به یکدیگر آمده است (ابراهیم انیس و دیگران، ٦١١–٦١٢)؛ به‌گونه‌ای که به آسانی باز نشود؛ گویی هرکدام از آن دو چیز به دیگری بسته و ملازم آن است (علامه طباطبایی، ٥/ ١٩٧؛ عمید زنجانی، ١٥٦). «عقد» مقابل واژه «حل» به کار می‌رود. حل به معنای مطلق گشودن و باز کردن عقد و گره است. انحلال عقد نیز از این واژه است (ابراهیم انیس و دیگران، ١٩٤)، لذا عقد که مقابل آن است باید به معنای مطلق گره زدن دو چیز باشد. البته این بستن در عقد مجای است، نه حقیقی (علامه طباطبایی، ٥/ ١٩٧).

ثانیاً، الف و لام کلمه «العقود» در این آیه بر معنای استغراق دلالت دارد و هر عقدی را شامل می‌شود (خراسانی، ١/ ٣٣٤؛ فاضل لنکرانی، ٦/ ١٥٦–١٥٧). ازاین‌رو، برخی از اصولیان گفته‌اند: الف و لام در کلمه «العقود» الف و لام جنس است و چون بر جمع وارد شده است، افاده عموم می‌کند (نایینی، ١/ ٢٣٨).

ثالثاً، «اوفوا» به معنای وفای کامل است. وقتی عرب بگوید: «او کیل را وفا کرد یا حق فلانی را وفا نمود به معنای آن است که کیل را کامل پرداخت یا تمام حق فلانی را به او پرداخت» (ابراهیم انیس و دیگران، ١٠٤٧) و از آنجایی که متعلق «اوفوا» در آیۀ مذکور، «العقود» است، لذا آیۀ شریف به معنای وفای کامل به تمامی عقود می‌باشد. بنابراین، «أوفوا بالعقود» در لزوم وفای کامل به عموم عقود ظهور دارد، زیرا بی‌گمان ظهور «العقود» در معنای عموم عقد و ظهور «اوفوا» در بیان اصل لزوم وفای به هر عقدی راجح‌ترین احتمال در میان احتمالات آیه به شمار می‌رود و بر اساس آن، اصل لزوم در همه عقودی که عرفاً عنوان عقد قابل صدق بر آن‌هاست به عنوان یک اصل حاکم و مرجع در موارد مشکوک از آیه به دست می‌آید (عمید زنجانی، ١٦٤–١٦٥).

رابعاً، عقود، امور توقیفی شرعی نیستند، بلکه عرفی هستند و شارع مقدس این امر عرفی، یعنی هر عقدی را که عرف عقد می‌داند، امضا فرموده است. این است که در روایت صحیح ابن سنان وارد شده است که مراد از عقد در این آیه، مطلق عهد است (قمی، ١/ ١٦٠) یا همان‌طوری‌که برخی فقیهان تصریح کرده‌اند: مقصود از عقد در آیه، عقدی است که در لغت و عرف، عقد نامیده می‌شود (انصاری، [ط.ق]، ٢١٥). با این معنا برای عقد، شایسته توجه است که بپذیریم: اولاً، در معنای لفظ عقد، حقیقت شرعی ثابت نشده و عقد در شریعت اسلام در معنای عرفی و لغوی خود باقی مانده است و ثانیاً، جمع محلای به الف و لام مادامی که قرینه بر معنای عهد ذکری و معرفه اقامه نگردد، به معنای استغراق بوده و افاده عموم

می‌کند و شامل هر نوع عقد لازم و از جمله عقد کفالت می‌شود، لذا این آیه، صحت و لزوم وفای به هر نوع عقدی را اثبات می‌کند و این استدلال، توافق‌های مشروع طرفین عقد را محترم و شرعی می‌شمارد و اصل حاکمیت اراده بر عقود را اثبات می‌کند و ثبات قراردادهایی که بر اساس تراضی بین طرفین امضا می‌گردد را اعلام می‌نماید و به این ترتیب، اگر دو طرف عقد، شرط خیار در عقد کفالت را برای هر دو یا یکی از آن دو یا برای شخص اجنبی قرار دهند، آیهٔ مذکور لزوم وفای چنین شرط و قراردادی ضمن عقد را در هر عقدی و از جمله کفالت، اثبات می‌کند، لذا جریان شرط خیار در انواع عقود لازم، اعم از معاوضی و غیرمعاوضی و از جمله عقد کفالت اثبات می‌شود. از این‌رو، شیخ انصاری اطلاق کلام علامه حلی در واژه «معاوضه» را به «معاوضه لازم» تفسیر و یا تأویل می‌کند و در مورد گفتار علامه که نوشته است: «اقرب پیش من، برخلاف جمهور، در دخول خیار شرط به هر عقد معاوضه است» (علامه حلی،تذکرة الفقهاء، ۱/ ۵۲۲)، می‌نویسد: «مراد علامه از معاوضه، معاوضهٔ لازم است، زیرا او به عدم دخول شرط خیار در وکالت، جعاله، قراض، عاری، ودیعه، تصریح کرده است. به این استدلال که خیار در آن‌ها به صورت دائم وجود دارد، لذا برای دخول شرط خیار بر آن‌ها، معنایی وجود ندارد» (انصاری، [ط.ج]، ۵/ ۱۴۷). این قول مطابق نظر خود شیخ انصاری در مسأله نیز می‌باشد، زیرا او در این مورد می‌نویسد: «اشکال و اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به بیع و جریان شرط خیار در هر معاوضهٔ لازم مانند اجاره، صلح، مزارعه و مساقات نیست» (همو).

دلیل دوم: حدیث شرط

دلیل دوم صحت شرط خیار در عقد کفالت روایت صحیح و مستفیض نبوی مشهور است:

«انّ المسلمین عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۲/ ۳۵۳-۳۵٤، حدیث ۱، ۲ و ۵) یا «انّ المؤمنین عند شروطهم» (همو، ۱۵/ ۳۰، حدیث ٤).

مؤمنان یا مسلمانان بر تعهدات خود پایبندند یا واجب و لازم است که مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود پایبند باشند.

نحوهٔ استدلال به این روایت برای اثبات جریان شرط خیار در همهٔ عقود و از جمله عقد کفالت، چنین است: از آنجایی که این روایت از پیامبر اکرم، صلی‌الله علیه و آله، به‌طور صحیح (شهید، دروس، ۳/ ۲٦۸) و مستفیض نقل شده است، یعنی راویان متعددی - حداقل سه نفر و حداکثر کمتر از تواتر - آن را نقل کرده‌اند (حرعاملی، ۱۲/ ۳۵۳-۳۵٤، باب ٦، احادیث ۱، ۲ و ۵ و ج ۳۰/۱۵، باب ۲۰، حدیث ٤) و نیز عالمان شیعه و سنی، این روایت را در منابع و مصادر خود نقل و به مفاد آن عمل کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۳/ ۲۱۹) و حتی شیخ انصاری در سند این روایت نوشته است «بعید نیست که بر آن ادعای

تواتر کنیم» (انصاری [ط.ج]، ۵/ ۱۱۲)، لذا سند آن، مشکلی ندارد، بلکه به صدور این روایت طبق ادعای تواتر شیخ انصاری می‌توان اطمینان و یقین نمود و مقتضای آن لزوم و وجوب پایبندی مؤمنـان و مسـلمانان بر تعهدات خودشان را ثبات می‌کند. این پای‌بندی به‌طور عام است، لذا اگر دو طرف عقد مؤمن و مسلمان باشند و شرط خیار را در هر نوع عقد و از جمله عقد کفالت مقرر نمایند، روایت مذکور دلالت می‌کند کـه مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود باید پای‌بند باشند و به صورت لزوم و وجوب به تعهد خود عمل کنند. به این ترتیب، حدیث مذکور بر صحت جریان شرط خیار در عموم عقود و از جملـه عقـد کفالـت دلالـت دارد. از این‌رو، شهید - بعد از حکایت قول شیخ در منع دخول شرط خیار در بیع صرف- می‌نویسد: وجـه این منع با توجه به عموم روایت صحیح ابن‌سنان «المؤمنون عند شروطهم» معلوم نیسـت (شـهید، دروس، ۳/ ۲٦۸).

به این دلیل است که مؤلفان شرائع الاسلام (محقق، ۲/ ۲۳)، ارشاد (علامـه حلـی، ۱/ ۳۷۵)، مجمـع الفائده (اردبیلی، ۸/ ٤۱۱) و کفآیة الاحکام (سبزواری، ۹۲) نیز دخول خیار شرط را در هـر عقـدی غیـر از نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق پذیرفته‌اند (حسینی عاملی، ٤/ ٥٦۸) و ظاهر بیانشـان، عقـود غیـر جـایز است (انصاری، [ط.ج]، ٥/ ١٤٨).

از این‌رو، علامه حلی مانند این عبارت را - بعد از این‌که خیار عقود جـایز را منـع کـرده- آورده اسـت (علامه‌حلی، تحریـر الاحکـام، ۱/ ۱٦۸)؛ همچنـین محقـق ثـانی در ضـمان، هبـه و غیـر ایـن دو جـامع المقاصد(محقق ثانی، ٤/ ۳۰٤)، سیدمحمد مجاهد در مناهل (طباطبایی مجاهـد، ۳۳٦) و شوشـتری در مقابس الانوار (شوشتری، ۲٤۸) نیز به دخول شرط خیار در عقود لازم ولو از یک طرف تصـریح کرده‌انـد (حسینی عاملی، ٤/ ٥٦۹). شیخ انصاری اطلاق کلام آن‌ها را مشمول عقود جایز هم دانسـته اسـت؛ مگـر این‌که به دلیل خارجی چون عدم معنای خیار در عقود جایز ولو از یک طرف، ادعا شود (انصاری، [ط.ج]، ٥/ ١٤٧). وی در این مورد می‌نویسد:

«ظاهر عدم خلاف میان فقیهان در مقتضای عموم ادلۀ شرط بر صحت شرط خیار در همۀ عقود اسـت و هر عقدی که از عموم این ادله خارج شود به علت وجود مانع است» (همو).

موارد خروج از این اصل در کتب مربوط توضیح داده شده اسـت و طالبـان بحـث را بـه آن‌هـا ارجـاع می‌دهیم.

دلیل سوم: اجماع فقیهان امامیه

فقیهان امامیه در شرط خیار در هر عقد لازم ادعای اجماع نموده و یا ادعای اجماع را در این مسأله نقل کرده‌اند، برای مثال سیدمرتضـی در انتصـار (٤۳٤)، شـیخ طوسـی در خـلاف (۳/ ۱۱ و ۲۰)، ابـن زهـره

درغنیه (۲۱۸) در شرط خیار در تمامی عقود لازم، ادعای اجماع کرده‌اند و سید جواد عاملی، این اجماع را از آن‌ها در مفتاح الکرامه (٥٦٠/٤) نقل کرده است . شیخ انصاری نیز هم مدعی اجماع شده و هم آن را نقل کرده است:

«اختلافی میان فقیهان در صحت این شرط نیست و آن در پیش ما [فقیهان امامیه] به‌حدی محدود نشده است و نقل اجماع بر شرط خیار، مستفیض است» (انصاری، [ط.ج]، ٥/ ١١١).

همچنین صاحب جواهر عدم خلاف فقیهان را در جواز شرط خیار در عقود معاوضی ادعا کرده است (٢٣/ ٦٣) و اردبیلی این عدم خلاف فقیهان امامیه در شرط خیار را به عقود معاوضی اختصاص و خلاف در این مسأله را به عالمان سنی نسبت داده و اقرب را دخول خیار در عقود معاوضی دانسته است (اردبیلی، ٨/ ٤١٢).

ممکن است کسی اشکال کند و بگوید: آیا اجماع با این همه استدلال، مدرکی نمی‌شود؟ پاسخ اشکال مذکور این است که باید به قول تفصیل قائل شد. به این بیان که اگر در سایر ادلهٔ پیش‌گفته خدشه شود و تنها دلیل اثبات مسأله، اجماع باشد؛ در این صورت، اجماع مدرکی نخواهد شد؛ بلی اگر سایر ادلهٔ را برای اثبات مطلب کافی تلقی کنیم؛ در این صورت، اجماع مدرکی خواهد بود. با این وصف، نباید اجماع مدرکی را برای استدلال به اثبات مطلب خالی از فائده دانست، زیرا معنای اجماع فقهیان در صورت اخیر آن است که همهٔ آنان، تفسیر و برداشت واحدی از آیه و روایت پیش‌گفته در اثبات اشتراط صحت خیار در عقد کفالت دارند.

همچنین هرچند در شمولیت اجماع مذکور نسبت به اشتراط خیار در عقد کفالت می‌توان ایراد وارد کرد، بدین بیان که عقد کفالت از نوع عقود معاوضی نیست، بلکه از عقود تبرعی است؛ ولی جواب این ایراد آن است که محل بحث فقیهان در تمام عقود لازم اعم از معاوضی و غیر معاوضی است و اختصاص بحث آنان به عقود معاوضی خارج کردن بحث از عقد غیر معوض و تبرعی چون هبه است و سایر عقود غیر معاوضی چون عقد کفالت داخل در اجماع آنان است. بنابراین، اجماع مذکور در دخول شرط خیار در هر عقد لازمی، اعم از معاوضی و غیر معاوضی (غیر از هبه غیر معوض)، شامل شرط خیار در عقد کفالت نیز می‌شود. ازاین‌رو، علامه حلی نوشته است:

اشتراط خیار به مدت معین در عقد کفالت صحیح است و حدیث معصوم علیه السلام: «المومنون عند شروطهم» و قول خدای متعال در «اوفوا بالعقود» که امر وفای به عقد است، شرط خیار در عقد کفالت را نیز شامل می‌شود، زیرا عقد کفالت بر شرط خیار مذکور واقع شده است و چون شرط خیار، منافی عقد کفالت نیست، چنانکه شرط خیار منافی سایر عقود هم نیست، بنابراین شرط خیار در عقد کفالت نظیر

سایر عقود صحیح است (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ١٤/ ٣٩٠).

صاحب جواهر نیز اینگونه به مناقشه خاتمه می‌دهد:

«اشتراط خیار در هر عقد لازم ثابت است، اعم از این‌که معاوضی باشد یا غیر معاوضی، غیر از نکاح و وقف. من خلافی را از فقیهان در مستثنی‌منه نیافتم، مگر در ضمان از علامه حلی در یکی از دو قولش و صلح مطلق وفق محکی از مبسوط و خلاف، به ویژه، محقق کرکی در صلحی که مفید ابرای ذمه است، به تبعیت از علامه حلی در کتاب تحریر و طبق محکی از صیمری، در خصوص صلح در امر مجهول، و ادعای غیر ثابت به اقرار، لکن تمام این موارد نادر و ضعیف است. به این استدلال که عمومات ادله اقتضای اشتراط خیار در تمام موارد مذکور دارد و نیز ادعای این‌که آنچه در ذمۀ است هنگامی که انتقال یافت دیگر عود نمی‌کند ثابت نشده است، بلکه این مسأله در مواردی نقض شده است» (٢٣/ ٦١-٦٢).

بنابراین، می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط خیار برای کفیل قرار داد تا در مدت معنی بتواند آن را فسخ نماید، چنانکه می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط فعل یا شرط نتیجه به نفع هریک از طرفین یا شخص ثالث قرار داد، زیراکفالت عقد است و مقررات مربوطه به شروط عمومیت دارد و در هریک از عقود جاری است، مگر این‌که از شروط فاسد یا مفسد باشد (امامی، ٢/ ٣٠٤).

نتیجه‌گیری

اشتراط خیار در عقد کفالت مشروط بر این‌که سایر مقررات - مربوط به اشتراط خیار نظیر تعیین مدت معین آن - رعایت گردد، صحیح است و آیۀ وفای به عقود، حدیث شرط و نیز اجماع فقیهان امامیه در اشتراط خیار در هر عقدی و از جمله در عقد کفالت دلالت دارد، به ویژه این‌که اشتراط خیار در عقد کفالت منافات با مقتضای عقد کفالت یا لزوم آن ندارد و ادعای عدم فایدۀ شرط خیار در عقد کفالت یا تشبیه بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار به بطلان نذر یا تشبیه کفالت به بیع صرف در اشتراط خیار یا تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق عقد یا اشتغال ذمۀ شخص ثالث در اشتراط خیار در عقد کفالت توجیه حقوقی ندارند، لذا تحقیق حاضر به این نتیجه رسید که اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. به ویژه این‌که علاوه بر اجماع فقیهان، جعل شرط در عقود و از جمله اشتراط خیار در عقد کفالت بر اساس قاعده یا اصل آزادی ارادۀ اشخاص بر مقررات قراردادهایی است که دو طرف عقد پدید می‌آورند. ادلۀ مختلفی با تأیید اصل مذکور بر آن گواهی می‌دهند و مادۀ ١٠ قانون مدنی ایران نیز این اصل را پیش‌تر از همۀ ادله اثبات می‌کند، زیرا مادۀ ١٠ قانون مدنی ایران، اصل آزادی اراده متعاقدین را برقراردادهای خصوصی اشخاص پذیرفته است، مشروط بر این‌که

برخلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و اشتراط خیار در عقد کفالت نیز بر اساس مادة مذکور است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خیار در عقد کفالت طی ماده‌ای تصریح نماید تا به مناقشات موجود پایان دهد.

منابع

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ***کفآیهٔ الاصول***، محشی ابوالحسن مشکینی، کتابفروشی اسلامی، چاپ نهم، ١٣٦٦.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثانیة، ۱۴۱۰ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، ***غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع***، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، موسسة الامام الصادق، الطبعة الاولی، ۱۴۱۷ ق.

ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن قدامه، ***الشرح الکبیر علی متن المقنع***، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۳ ق.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی علی مختصر الخرقی***، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۹۸۸ م.

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، ***البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق***، دارالکتب العلمیه، ۱۹۸۳ م.

ابواسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، ***المهذب***، دمشق، ابن کثیر، ۲۰۰۱ م.

اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدةو البرهان فی شرح ارشاد الاذهان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ یازدهم، ۱۳۷۱.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب***، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولی [ط.ج]، ۱۴۲۰ ق.

_______________، ***المکاسب***، تبریز، اطلاعات، چاپ سنگی [ط.ق]، چاپ دوم، ۱۳۷۵ ق.

أنیس ابراهیم، عبد الحلیم المنتصر، عطیه الصوالحی و محمدخلف الله احمد، ***المعجم الوسیط***، قم، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ ق.

بنی هاشم خمینی، محمدحسین، ***توضیح المسائل مراجع عظام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.

حرعاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة الی تحصیل المسائل الشریعة***، تصحیح محمد رازی، بیروت، احیاء دار التراث، ۱۳۸۷ ق.

خویی، محمد تقی، ***الشروط او الالتزامات التبعیه فی العقود***، بیروت - لبنان، دار العربی، الطبعة الاولی، ١٤١٤ ق.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، ***العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر***، تحقیق و تعلیق علی محمد، بیروت، دار الکتب العلمیه،١٤١٧ ق.

سبزواری، عبدالاعلی، ***کفآیة الاحکام فی بیان الحلال و الحرام***، قـم، مکتبـة آیـة اللـه سـبزواری، الطبعـة الرابعـة، ١٤١٣ق.

الشاشی القفال، محمد بن احمد، ***حلیة العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء***، حققه و علق علیه: یاسین احمد ابراهیم درادکه، دار الارقم، عمان، الاردن الهاشمی، مکتبة الرسالة الحدیثة، الطبعة الاولی، ١٤٠٠ ق.

شوشتری، اسدلله بن اسماعیل، ***مقابیس الانوار و نفائس الأسرار فـی احکـام النبـی المختـار و عترتـه الأطهـار***، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۲۲ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، ***الدروس الشرعیة***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولی، ۱۴۱۲ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، تحقیق و تعلیـق محمـد القوچـانی، بیروت، دار إحیاء التراث العربیه، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱ م.

طباطبایی، محمدحسین، ***المیزان فی تفسیر القرآن***، دار الکتب الاسلامیه، تهران، بی‌تا.

طوسی، محمدبن حسن، ***الخلاف***، تحقیق سیدعلی خراسانی، سیدجواد تهرانی و محمدمهدی نجفی، قم، مؤسسـة النشر الاسلامی، الطبعة الاولی، ۱۴۱۷ ق.

________________، ***المبسوط فی الفقـه الامامیـة***، تصـحیح و تعلیـق محمـدتقی کشـفی، تهـران، المکتبـة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفری، ۱۳۸۷ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه***، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، مؤسسـة النشـر الاسـلامی، الطبعـة الاولی، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامـه***، مشـهد، مؤسسـة آل البیـت، چـاپ سنگی، بی‌تا.

________________، ***تذکرة الفقهاء***، قم، المکتبة الرضویة لاحیاء التراث الجعفریة، الطبعة الحجریة، بی‌تا.

________________، ***ارشاد الاذهان الی احکام الایمان***، تحقیق: الشیخ فارس الحسون، قم، مؤسسة النشـر الاسلامی، الطبعة الاولی، ١٤١٠ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، ***الانتصار***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولی، ۱۴۱۵ ق.

عمید زنجانی، عباسعلی، ***آیات الاحکام***، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.

فاضل لنکرانی، محمد، ***اصول فقه شیعه***، تقریر محمود و سعید ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمة اطهار، چـاپ اول، ۱۳۸۱.

قمی، علی بن ابراهیم، ***تفسیر قمی***: تصحیح سیدطیب جزائری، قم، مؤسسه الکتاب، چاپ سوم، ١٤٠٤ ق.

مامقانی، عبدالله بن محمدحسن، ***نهآیة المقال فی تکملة غآیة الآمال***، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة، بی‌تا.

ماوردی، علی بن محمد، ***الحاوی الکبیر فی الفقه الشافعی***، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.

مجاهد طباطبایی، محمد، ***المناهل***، قم، مؤسسة آل البیت، الطبعة الحجریة، بی‌تا.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الاسلام***، بیروت، المؤسسة المعارف الاسلامیه، الطبعة الاولی، ۱۴۱۵ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قـم، تحقیـق و نشـر مؤسسـه آل‌البیـت، الطبعـة الاولی، ۱۴۰۸ ق.

مظفر، محمدرضا، ***اصول الفقه***، النجف الاشرف، دارالنعمان، الطبعة الثانية، ١٣٨٦ ق.

نایینی، محمدحسین، ***منیة الطالب فی حاشیة المکاسب***، تقریـرات خوانسـاری، قـم، مؤسسـة النشـر الاسـلامی، الطبعة الاولی، ۱۴۱۸ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، ***مستند الشیعة***، تهران، المکتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۶۹ ق.

نووی، یحیی بن شرف، ***المجموع شرح المهذب***، بیروت، دارالفکر، ١٩٩٤ م.